

O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil

Adriano Marteleto Godinho
Universidade Federal da Paraíba

A tradicional dicotomia entre Direito Público e Direito Privado

Historicamente, estabeleceu-se a clássica distinção entre o Direito Público e o Direito Privado como uma das mais difundidas e fundamentais classificações no universo jurídico. Sendo o Direito Civil o ramo jurídico que representa por excelência a visão privatística do Direito, por envolver imediatamente as pessoas e as relações interpessoais. Durante séculos, prevaleceu a noção de que esse ramo era caracterizado como a perfeita antítese do Direito Público. Assim, no contexto das ciências jurídicas, estabeleceu-se o Direito Civil como o ramo do Direito em que se resguardavam os interesses individuais, em contraposição ao Direito Público, que se fazia presente, de forma marcante, a figura do Estado. Não por acaso, as grandes codificações civis tornaram-se conhecidas como as “constituições do homem comum”, já que primordialmente cumpriam o papel de estabelecer e disciplinar as instituições jurídicas de caráter privado e de erguer limites às intervenções estatais sobre os interesses individuais.

O primeiro Código Civil brasileiro, editado em 1916, cuidou de consagrar os mesmos ideais liberais e individualistas que nortearam a construção do Código de Napoleão de 1804. Compulsando-se o teor daquele diploma, percebe-se ter havido a nítida preocupação de resguardar a pessoa quanto aos valores eminentemente patrimoniais, afastando-se, tanto quanto possível, a ingerência do Estado nas relações jurídicas privadas, o que contribuiu para o reconhecimento, agora legislativo, da profunda separação entre os espaços do Direito Público e do Direito Privado.

A latente prevalência do liberalismo e do individualismo, no âmbito das relações privadas, passou a ditar a tônica das instituições civis. Assim, no plano dos contratos, prevalecia a quase irrestrita liberdade negocial. Não se discutia a justiça do contrato, pois apenas interessava elevar à máxima potência o princípio da autonomia da vontade. A não ser que a convenção firmada afrontasse a lei, a ordem pública ou os bons costumes, ou que se fizesse presente algum vício negocial, a vontade declarada deveria ser cumprida, ainda que as cláusulas pactuadas consagrassem a dominação de uma parte sobre a outra, gerando, assim, um evidente desequilíbrio econômico.

Já no Direito das Coisas, figurava como protagonista o proprietário, detentor de patrimônio, a quem se deferia livremente o direito de usar, gozar, reaver ou dispor da coisa que lhe pertencia. A destinação a ser conferida aos bens era indiferente, bastando que se resguardasse ao proprietário a ampla prerrogativa de se valer deles para a satisfação de interesses puramente egoístas.

Os ideais que prevaleciam no Direito de Família, por sua vez, consagravam notórias distinções entre homens e mulheres, pois a estas se reconhecia um papel de submissão aos caprichos do marido, que ocupava o posto de chefe ou cabeça do casal. O casamento, instrumento unitário de constituição das famílias, centrava-se mais nas questões patrimoniais do que propriamente nos ideais de afeto e solidariedade que devem orientar a união entre duas pessoas. Em fenômenos jurídicos, como a ausência, a tutela e a curatela, importava sobretudo regulamentar a administração dos bens dos ausentes ou incapazes. O regime dos impedimentos matrimoniais não incluía as pessoas, mas seus patrimônios, considerados valor fundamental em mira.¹

O que se vê, portanto, é que a principiologia do Código Civil de 1916, ancorada nos ideais do liberalismo e do individualismo, acabou por privilegiar a proteção do patrimônio, em detrimento do resguardo da pessoa e dos valores existenciais. Este diploma, mais do que qualquer outra lei de cunho privatista, tornava clara a intenção de fazer do Direito Civil um meio de realização da plena autonomia dos particulares, que, à margem das ingerências do Estado, poderiam reger seus interesses de forma livre, pouco importando que daí derivassem eventuais injustiças.

¹ Paulo Lôbo cuida de ilustrar o predomínio do caráter patrimonial no Código Civil brasileiro de 1916, em especial no âmbito do Direito de Família: “[...] dos 290 artigos do Livro de Família, em 151 o interesse patrimonial passou à frente. Como exemplo, o direito assistencial da tutela, curatela e da ausência constitui estatuto legal de administração de bens, em que as pessoas dos supostos destinatários não pesam. Na curatela do pródigo, a prodigalidade é negada e a avareza é premiada. A desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não têm as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>).

O movimento de constitucionalização do Direito Civil

Diante do panorama traçado, parece paradoxal, num primeiro momento, falar em constitucionalização do Direito Civil, levando-se em conta que as bases que sempre sustentaram esse ramo jurídico implicavam o afastamento dos princípios e regras do Direito Público.

No entanto, para que se chegasse à correta visão do que representa a influência das normas constitucionais sobre o Direito Privado, as bases das instituições civis tiveram de ser revistas, para que se tornasse possível abandonar a ultrapassada visão do Direito Civil, como o centro do ordenamento, aparentemente, imune às irradiações emanadas de outros ramos jurídicos.

Reduziu-se, dessa maneira, o aparente abismo que distinguia o Direito Público do Privado, mediante a crescente intervenção dos princípios que regem o primeiro sobre as regras que ordenam o segundo. Se esta divisão ainda pode servir para fins didáticos ou acadêmicos, já não presta, definitivamente, para fixar uma visão estática, a antagonizar as noções de Direito Público e Privado, que, ao contrário, se interpenetram, favorecendo a uniformização do ordenamento jurídico.²

Alguns fatores sociais contribuíram para que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil pudesse ocorrer. As revoluções tecnológica e industrial, em particular, provocaram uma notável reviravolta nas exigências sociais, a demandar uma crescente intervenção do Estado no âmbito das relações privadas, por meio da imposição de normas de conduta que atentassem para a valorização da pessoa humana e a imperiosidade da equilibrada distribuição de ônus e riquezas. Por isso, tornou-se insuficiente reconhecer, em favor das pessoas, uma noção de isonomia meramente formal, que nada acrescia para a concretização da igualdade material.

A propósito, cumpre estabelecer a distinção entre os fenômenos da publicização e da constitucionalização do Direito Civil. Ancorados no magistério de Paulo Lôbo, podemos inferir que a denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal sobre as instituições privadas, característica marcante do Estado social. O movimento de constitucionalização vai além, tendo por finalidade “[...] submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.”³

² Para Gustavo Tepedino, a falácia da divisão chega a dificultar a tarefa de identificar, com precisão, qual é o território do Direito Público e qual é o do Direito Privado (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20).

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>. O autor, a propósito, cita os desdobramentos do fenômeno da publicização do Direito Civil, por meio da ação intervencionista ou dirigista do legislador, que “[...] terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o

Assim, enquanto a publicização implica simplesmente um maior dirigismo estatal sobre institutos privados, a constitucionalização impõe a sua releitura conceitual com base nos ditames constitucionais.

Nos dias que correm, impõe-se ao jurista interpretar as instituições de Direito Civil com base nos princípios e regras constitucionais. Só se pode reconhecer a validade da norma de caráter privado se houver sua conformidade com os preceitos constitucionais, o que exige uma revisão, em particular, dos institutos que formam a espinha dorsal do Direito Civil: as obrigações (com especial relevo para a responsabilidade civil e o contrato), a propriedade e a família.

Essa evolução do Direito Civil, que se livrou das amarras do liberalismo e da patrimonialização das relações pessoais, permitiu que os interesses puramente individuais passassem a submeter-se a outros valores, como a dignidade, a igualdade material, a tutela do meio ambiente, a saúde, a moradia, dentre outros. Essa mudança provocou repercussões imediatas sobre as instituições de Direito Civil, já não sendo possível pensar nas obrigações ou na propriedade, figuras que alicerçam o Direito Privado, sem que se cogite da sua função social.

Enfim, cabe afirmar que o Código Civil certamente perdeu a posição de centralidade de outrora. O papel unificador do sistema passa a ser desempenhado, de maneira cada vez mais incisiva, pelo texto constitucional⁴, de onde irradiam os valores que sustentam todo o ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana como ponto de partida

Um dos mais profundos reflexos provocados pela constitucionalização do Direito Civil consiste na proclamação do primado da dignidade da pessoa humana. Princípio expressamente consagrado pelo artigo 1º, inciso III da Constituição da República, o reconhecimento desta dignidade coloca a pessoa humana no centro do ordenamento. O enfoque no Direito Civil, por consequência, passa do “ter” para o “ser”, abandonando-se a visão formal do ser humano como mero detentor de direitos ou, nos dizeres de Luiz Edson Fachin, da noção abstrata e genérica das pessoas, que cede espaço para a promoção da pessoa real e concreta.⁵ Não prevalecem as disposições de ordem privada que afrontem a dignidade humana, cabendo reconhecer a primazia da pessoa sobre o patrimônio, num movimento de autêntica

direito da habitação, o direito de locação de imóveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais, o direito do consumidor.”.

⁴ Gustavo Tepedino cuida de ilustrar o deslocamento, para o texto constitucional, de princípios e matérias antes reservados exclusivamente ao Código Civil. Assim é que a Constituição passa a abordar temas como a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família, entre outras hipóteses, impondo-se, pois, uma releitura das instituições de Direito Civil à luz dos preceitos constitucionais. É o que permite, enfim, promover a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica contida na Constituição o ponto de referência outrora localizado no Código Civil (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 7-13).

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 84-86.

“repersonalização”, que tem por objetivo inserir a pessoa humana como o centro em torno do qual gravitam todas as normas e princípios jurídicos.

Esse fenômeno de “redescoberta” da pessoa⁶ implica ir além da visão do ser humano como um simples centro de imputação de direitos e deveres. Cabe avançar e, conforme sustenta Oliveira Ascensão, proclamar o ser humano como início e fim do Direito⁷, o que permite partir para muito além da simples ideia da pessoa como sujeito de direitos, mero personagem no universo das relações e negócios jurídicos. O ser humano, mais do que um simples titular de direitos, é o alicerce de todos os conceitos jurídicos. Nesse passo, já se pode apontar um particular acerto do Código Civil de 2002 – diga-se, também em decorrência do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil – que, antes de regulamentar as figuras jurídicas de cunho marcadamente patrimonial, consagra disposições elementares sobre a pessoa e os direitos da personalidade (categoria inexistente no diploma civil hoje revogado).

O princípio em apreço deve ser entendido em todas as suas dimensões: como limitações ao poder, no sentido de estabelecer-se um campo de proteção pessoal contra todo tipo de intervenção estatal abusiva⁸; como respeito à autonomia privada, permitindo à pessoa a busca da sua realização, de acordo com seus valores e crenças; por fim, como um impedimento à degradação da pessoa, que jamais pode ser reduzida à condição de coisa.⁹ Derivam daí diversas projeções, também albergadas pela Constituição da República, que têm por objeto a promoção da pessoa: a previsão de que ninguém será submetido à tortura nem ao tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III); a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das

⁶ Os conceitos de propriedade e contrato tradicionalmente receberam mais desenvolvimentos que a própria noção de pessoa, em função, também, das enormes abstrações que esta última exige. Eis como Leite resume a questão: “De fato, a consciência ôntica e ética do homem como personalidade é algo desconhecido no mundo antigo greco-romano. A antiguidade, e sobretudo os gregos, viam a essência do homem no que poderíamos chamar de humanitas, vale dizer no ser político, no viver politicamente. [...] Foi por ocasião do Renascimento, quando se experimentou a conveniência de se afirmar a independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos, que foram se concretizando as construções jurídicas sobre os direitos da personalidade?”. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 8).

⁷ Daí decorre que a personalidade jurídica nada mais é que o reconhecimento de um estado prioritário de coisas, em que o ser humano figura como alicerce de todos os conceitos jurídicos – inclusive o de personalidade. Por isso, “[...] *todo o estudo da pessoa deve assim partir da análise desta realidade fundamental. Será ela que iluminará a noção de personalidade jurídica e não vice-versa.*”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. 1. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 44).

⁸ A dignidade da pessoa humana, ao assumir posição privilegiada na Constituição, constitui uma das travas mestras de sustentação e legitimação da República, impondo-se frente a totalitarismos e contra experiências de aniquilamento existencial do ser humano, tais como escravidão, nazismo, genocídios étnicos, entre outros (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, p. 198).

⁹ É paradigmático o caso do “arremesso de anão”, deflagrado no início da década de 1990, na França, que consistia no lançamento de anões, feito em bares e discotecas, de um ponto a outro do estabelecimento. Acabou-se por proibir esta prática, com base na dignidade da pessoa humana, a vedar todo tipo de conduta degradante ao ser humano.

pessoas (artigo 5º, X); a liberdade de locomoção (artigo 5º, XV), dentre outras tantas dignas de nota.

A inserção do primado da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República, enfim, termina por acarretar profundos reflexos no âmbito do Direito Civil. As figuras que compõem este ramo do Direito Privado deixam de ser centradas no conteúdo patrimonial, passando a respeitar a prevalência do aspecto existencial. A partir daí, o desafio que se coloca aos civilistas, nos dizeres de Paulo Lôbo, é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica, não como simples titulares de bens e partícipes de relações jurídicas¹⁰, notadamente as de cunho negocial.

Manifestações concretas da constitucionalização do Direito Civil no Código de 2002

Em contraposição aos já apontados ideais do Código Civil de 1916, surgem, no novo diploma, editado em 2002, novas perspectivas para as velhas instituições jusprivatísticas, em especial sobre aquelas que constituem o tripé de sustentação do Direito Civil: as obrigações, que devem ser analisadas sob o prisma bipartido dos contratos e da responsabilidade civil, a propriedade e a família.

1 – Os Contratos

No âmbito dos negócios jurídicos, que são atos por meio dos quais os particulares procuram satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas¹¹, emerge o contrato como o principal instrumento de regulamentação das aspirações dos indivíduos.

Sobretudo no século XIX, outorgou-se excessivo poder à liberdade contratual, que, praticamente ilimitada, conferia aos contratos o *status* de verdadeira lei entre as partes¹², ideia expressada através da afamada máxima *pacta sunt*

¹⁰ Segundo o mesmo autor, “[...] a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>).

¹¹ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico* Tradução de Ricardo Gomes Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 66.

¹² Caio Mário da Silva Pereira sintetiza o conteúdo dessa regra: “O princípio da força obrigatória do contrato contém insita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6).

*servanda*¹³, que ganhou ares de quase absolutismo. O apego à palavra dada era de tal maneira intenso que, contra uma convenção livremente acordada, ainda que evidentemente desfavorável a um dos contratantes, nada se poderia fazer, sob pena de se negar vigência à lei das partes. Em suma, o pensamento então vigorante resumia-se na clássica sentença "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*".

No entanto, à medida que as disparidades econômico-sociais entre os indivíduos se acentuavam, tornou-se cada vez mais imperiosa a consagração de princípios e institutos que fossem capazes de coibir a verificação de desigualdades no âmbito das relações privadas. Assim, o princípio da autonomia da vontade, que conferia às pessoas ampla liberdade para a celebração dos contratos, passou a sofrer necessárias mitigações, face ao frequente ajustamento de obrigações desproporcionais, decorrente do surgimento de contratos que eram favoráveis somente a uma parte, em detrimento dos interesses da outra.

Por meio da evolução da ordem jurídica e dos princípios que norteiam os contratos, verificou-se o desapego à doutrina oitocentista, que, calcada nos dogmas do liberalismo e do voluntarismo, apregoava a plena autonomia dos indivíduos para a celebração dos ajustes que lhes aproovessem. O surgimento dos limites traçados pela função social, pela boa-fé objetiva e pela justiça comutativa fez com que o contrato deixasse de representar um instrumento de dominação e desigualdade, para assumir o papel de mediador da vontade das partes, repudiando-se a ideia da exploração do homem pelo homem.

No universo dos contratos, é cada vez mais notória a preocupação com a equivalência material das obrigações. Já não se contenta com a simples conferência da liberdade de contratar aos particulares, sendo necessário, ainda, verificar o conteúdo do negócio, evitando-se que ele se torne fonte de desequilíbrio e injustiça. Tome-se como exemplo a previsão da figura da lesão, vício negocial que, intolerante às iniquidades contratuais, proclama a anulabilidade do negócio jurídico, em que uma das partes, imersa em circunstância de inexperiência ou de premente necessidade contratual, vem assumir obrigações manifestamente desproporcionais ao valor da prestação oposta.¹⁴ Trata-se de uma das mais eloquentes demonstrações da reviravolta substancial operada pela legislação infraconstitucional sobre os contratos. O equilíbrio real e a função social passam a servir como fatores condicionantes da validade dos negócios. Por isso, os contratos que regulam interesses desprovidos de utilidade social – fúteis ou improdutivos – não são dignos da proteção jurídica, que incide apenas sobre as avenças que apresentam função econômico-social reconhecidamente útil.¹⁵

¹³ A regra chegou, inclusive, a ser positivada no ordenamento francês, por força do disposto no artigo 1.134 do Código Napoleão: "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*".

¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a matéria, vide GODINHO, Adriano Marteleto. *A lesão no novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

Ainda na seara contratual, é crucial a referência ao Código de Defesa do Consumidor, que, por regulamentar as relações jurídicas de consumo, terminou por abarcar boa parte da disciplina contratual tradicionalmente regida pelo Direito Civil. Neste diploma, manifesta-se a necessidade de proteger-se o consumidor, reconhecidamente a parte vulnerável na relação contratual travada com o fornecedor de produtos e serviços. Assim, também em respeito aos preceitos constitucionais que tutelam o equilíbrio material e a dignidade humana, não se admite qualquer estipulação prejudicial ao consumidor, que se vê munido de uma série de instrumentos de direito material e processual, os quais permitem reajustar o desequilíbrio material que caracteriza as relações de consumo.

Naturalmente, para que se dê a eficácia dos princípios jurídicos, não basta sua mera previsão legislativa. É imperioso, também, que a eles seja conferida a devida efetividade, isto é, tais princípios devem tornar-se uma força viva, incidente nas relações jurídicas concretas. Não se pode tratar, portanto, a funcionalização social dos contratos como um mero preceito abstrato. Ao revés, deve apresentar-se o princípio como um matiz ativo, consistente em comportamentos positivos, de modo a impor aos particulares um dever de atuação em benefício de outrem, e não um simples limite externo ou negativo, a vedar a prática desta ou daquela conduta. Por isso, compete fazer com que o acordo de vontades atinja uma finalidade congruente ao respeito da dignidade humana, valor que deve constituir o pilar predominante em toda a construção jurídica.

Assim, de acordo com a releitura do papel do direito obrigacional, impõe-se a preservação do equilíbrio contratual. Os contratos, em sua moderna concepção, passam a obedecer aos critérios da função social – da boa fé objetiva e da justiça – que impõem limitações à autonomia das partes, emprestando respeito aos preponderantes interesses coletivos, incompatíveis com a aclamação de perdas e ganhos desmedidos.

Enfim, subsiste a garantia, concedida a todos os indivíduos, da liberdade de contratar, embora esteja ela condicionada à observância dos preceitos constitucionalmente assegurados da igualdade material, da dignidade humana e da erradicação da miséria e das desigualdades sociais.

2 – A responsabilidade civil

A tradicional visão da responsabilidade civil, de viés marcadamente subjetivo, considerava que o dever de reparar um dano somente surgiria quando se verificasse que o seu causador, deliberadamente ou por descuido, havia deixado de cumprir com os deveres gerais de cautela impostos a toda a sociedade, contrariando, assim, os ditames do ordenamento, que não permitem a quem quer que seja descumprir seus princípios e normas e lesar terceiros – reflexo inequívoco do *neminem laedere* suscitado por Ulpiano como um dos preceitos fundamentais do Direito. Assim, a responsabilidade civil, em sua concepção primeira, partia da verificação de dois elementos essenciais: a prática de um ato ilícito e o comportamento doloso – ou ao menos culposos – do agente, o que fazia com que o instituto tivesse por objetivo, essencialmente, estabelecer uma sanção para o responsável pela ocorrência de um dano.

Mais uma vez, a Constituição da República cuidou de ditar parâmetros diversos para reger a matéria, permitindo rever a função a ser desempenhada pelo instituto da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, consagrou-se o princípio da solidariedade, que inaugurou uma nova concepção no contexto daquela figura. A partir do momento em que o texto constitucional erige a construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre os objetivos fundamentais da República, desloca-se o cerne da questão, que passa a abstrair-se do comportamento do ofensor para se concentrar sobre o dano sofrido pela vítima, que, à partida, não pode ficar irressarcida. Assim, concebeu-se a noção de que também os comportamentos não culposos ou dolosos, e até mesmo os atos lícitos, podem acarretar a obrigação de indenizar, precisamente porque determinadas atividades encerram em si mesmas riscos para terceiros. Com isso, foi-se aos poucos abandonando a noção de culpa, para atingir o conceito de responsabilidade objetiva, centrada no dano e na necessidade de haver a sua reparação, o que, em última instância, altera o propósito do instituto, que não mais visa à punição do agente causador do dano, mas ao ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima.¹⁶

A necessária consagração de um sistema que passa a permitir o ressarcimento em larga escala dos danos sofridos pelos indivíduos somente se tornou possível com o deslocamento do eixo da responsabilidade civil, que, em larga medida, se desvinculou da culpa para enfocar o próprio dano. Com isso, a satisfação econômica a que o lesado faz jus passou a ser o centro de gravidade da responsabilidade civil. Para a materialização desse objetivo, multiplicaram-se as hipóteses de obrigações de resultado, de responsabilidade objetiva e de culpa presumida.

A objetivação da responsabilidade civil encontra seu ápice na consagração, pelo artigo 927, § único do Código Civil, da teoria do risco – atividade – outro aspecto, aliás, de profunda influência do texto constitucional, posto que também ancorado no princípio da solidariedade, já que parte da lógica segundo a qual quem auferir o bônus pelo desenvolvimento de determinada atividade deve igualmente suportar o ônus dela decorrente, em especial no que respeita aos potenciais danos que podem afetar terceiros. A disposição legal, em sintonia com os novos rumos assumidos pelo instituto, determina que a obrigação de reparar o dano se dará independentemente de culpa em duas situações: nos casos especificados em lei¹⁷, ou, na hipótese que aqui

¹⁶ Os reflexos desta alteração de paradigma são assim sintetizados: “[...] o princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.” Com isso, inverte-se a lógica, passando-se a se questionar se à vítima deve ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado (MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439-449).

¹⁷ Diversas leis estabelecem expressamente situações de responsabilidade civil objetiva, que, a propósito, é a regra prevalecente no Código de Defesa do Consumidor, tirante as hipóteses de danos causados por profissionais liberais, que se sujeitam, em princípio, aos ditames da responsabilidade

interessa mais de perto, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. A adoção da cláusula geral de responsabilidade pelas atividades de risco significa que todo agente que explore uma atividade potencialmente danosa para os direitos de outrem ficará objetivamente responsável pelas consequentes reparações.

Ainda persiste enorme dificuldade doutrinária para identificar o alcance do que venha a ser a atividade habitual que coloque em risco direitos de terceiros, mas cumpre estabelecer uma importante baliza. Num ordenamento centrado no primado da dignidade da pessoa humana, não se pode conceber que os tais direitos sujeitos a riscos sejam meramente patrimoniais. Além deles, estão sob a tutela legal os direitos da personalidade, o que significa que toda atividade habitual que puder representar violações a tais direitos acarretará a responsabilidade objetiva do seu praticante. Essa perspectiva dá margem, inclusive, à imputação dessa modalidade de responsabilidade às empresas que exploram atividades de *internet*, âmbito em que há demasiada exposição e escassa proteção à imagem, à honra e à privacidade.

Registre-se, ainda, que a ampliação dos tipos de seguros, inclusive mediante a imposição de alguns de caráter obrigatório, também demonstra a preocupação com a socialização dos riscos, evitando-se, cada vez mais, que as vítimas de danos deixem de obter o respectivo ressarcimento. Perdendo a responsabilidade a sua feição individualista e assumindo contornos de evidente coletivização, surge a socialização do dever de indenizar como um fenômeno irreversível, voltado à consecução dos ideais de interesse público. Ao invés de recair pesadamente sobre bens individuais, a responsabilidade passa a onerar uma multidão de patrimônios¹⁸, circunstância notadamente favorável aos lesados, que vêem consideravelmente dilatadas as chances de ressarcimento dos danos sofridos.

Em outro desenvolvimento, os valores emanados do texto constitucional permitiram o surgimento de fontes de reparação diversas das concebidas originariamente. A responsabilidade civil, outrora ancorada exclusivamente na tutela do patrimônio, passou a receber a influência do primado da dignidade da pessoa humana, o que se reflete no reconhecimento da reparação pelos danos exclusivamente morais¹⁹, característica que se faz presente de forma expressa no ordenamento brasileiro, conforme fazem prova os artigos 5º, incisos V e X da Constituição da República e 186 e 927 do Código Civil.

subjetiva. O próprio Código Civil enuncia diversas hipóteses em que a reparação independe de culpa: as responsabilidades por fato de terceiro (artigos 932 e 933), dos empresários individuais e das empresas, pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (artigo 931), do dono ou detentor do animal pelo dano por este causado (artigo 936) e do habitante do prédio por coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido (artigo 938).

¹⁸ CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Seguro da responsabilidade civil fundada em acidentes de viação*: da natureza jurídica. Coimbra: Almedina, 1971, p. 21.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 445.

O amplo reconhecimento dos danos morais, contudo, implica a dificuldade de firmar as balizas que circundam o tema, nomeadamente em relação aos fatores que ensejam sua incidência e à fixação do montante da reparação. O recurso aos preceitos constitucionais permite encontrar respostas com base, em especial, no princípio da dignidade da pessoa humana. Sob essa perspectiva constitucionalizada, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana ou, noutros termos, “[...] a lesão a algum desses aspectos ou substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana.”²⁰

A objetivação e a socialização da responsabilidade civil e a consagração dos danos morais representam, enfim, aspectos da releitura do Direito Civil em conformidade com os princípios constitucionais, que contribuíram para “humanizar” o instituto. Esses fenômenos conferem à figura contornos que autorizam a afirmação de que não somente os contratos e a propriedade, mas também a responsabilidade civil passa a ter de cumprir uma função social, sensível à necessidade de se estabelecer uma justa repartição dos riscos da existência e de não permitir que fiquem irressarcidas as vítimas dos danos.

3 – A propriedade

A Quanto à propriedade, figura central no estudo do Direito das Coisas²¹, já pôde salientar o caráter egoísta predominante no Código Civil de 1916, que apenas cuidou de deferir ao proprietário, de maneira ampla, as prerrogativas de uso, fruição, disposição e sequela sobre a coisa.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 447.

²¹ Importa notar que, apesar de a função social exercer papel de destaque no âmbito do direito de propriedade, outros direitos reais, reflexamente, sofreram notável alteração de regime. Os direitos de usufruto, uso e habitação, embora já existentes à época da edição do Código Civil de 1916, atualmente podem ser encarados sob uma ótica diversa, não apenas patrimonialista, mas sob o enfoque da socialização da propriedade e da promoção da dignidade da pessoa humana. A concessão do usufruto evita que se atribua ao proprietário a pecha da desídia e permite ao usufrutuário o aproveitamento das potencialidades da coisa; o uso e a habitação, por sua vez, podem consistir em relevantes instrumentos de concretização do direito social à moradia. No entanto, a principal modificação no âmbito dos direitos reais consistiu na previsão do direito real de superfície, que, a propósito, já havia sido contemplado pelo Estatuto da Cidade, e hoje encontra regulamentação nos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil. Trata-se do fenômeno em que o proprietário concede ao superficiário o direito de construir ou plantar em seu terreno, por tempo determinado, de forma gratuita ou mediante retribuição. Normalmente, o superficiário assumirá os encargos e tributos que incidirem sobre a coisa, durante o período da sua posse, e poderá explorá-la economicamente, recuperando os investimentos feitos com as construções ou plantações realizadas. O proprietário, por sua vez, fará jus à restituição do imóvel, com todos os seus acréscimos, independentemente de indenização, a não ser que as partes convençionem o contrário. Assim, o direito de superfície atende, a uma só vez, aos interesses econômicos das partes envolvidas e à função social da propriedade, uma vez que incentiva o uso produtivo dos imóveis rurais e as incorporações imobiliárias nos imóveis urbanos. Mesmo o proprietário sem recursos poderá conceder o direito de superfície para, posteriormente, retomar a posse direta da coisa e explorar seus benefícios.

No Brasil, a partir da Constituição de 1934, passou-se a conferir maior preocupação com o sentido da propriedade, por meio de uma intervenção estatal mais rígida sobre a forma de exercício do direito, como deixa entrever seu artigo 113, cujo item 17 enuncia que “[...] é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo...”. No artigo 147 da Constituição de 1946, o uso da propriedade passou a ser condicionado ao bem-estar social, tendo-se adotado, ainda, o ideal da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Entretanto, coube à Constituição da República de 1988 avançar e proclamar uma nova visão da propriedade, alargando-se a ideia da sua funcionalização, pela consagração de duas disposições expressamente dirigidas à regulamentação do instituto: numa delas, se garante o direito à propriedade privada e, na outra, é condicionado o exercício desse direito à observação do princípio da função social. Além disso, ao tratar dos princípios da ordem econômica, o artigo 170 da Constituição torna a referir-se à propriedade privada e a sua função social.

Diante do panorama traçado, a visão outrora prevalecente, que outorgava ao proprietário um direito praticamente absoluto sobre a coisa, cede diante da matriz socializante inaugurada pela Constituição de 1988. Ao proprietário, continua sendo reconhecido o direito ao uso e gozo daquilo que lhe pertence, mas o exercício do direito de propriedade somente se considera regular se o seu titular for capaz de balancear seus interesses individuais com a noção de utilidade social, que não condiz com o uso dos bens para fins puramente especulativos ou egoístas²².

A partir do momento em que a funcionalização da propriedade se tornou um princípio fundamental constitucionalmente assegurado, o antiquíssimo instituto civil ganhou novas perspectivas. Não se fala em exercício socialmente útil desse direito, se o proprietário não respeitar as suas finalidades econômicas e sociais. Ao proprietário de um imóvel, em particular, mais do que simplesmente figurar como dono no registro próprio, cumpre extrair da propriedade as suas potencialidades e servir-se dela de forma a saciar seus interesses, sem descuidar do seu impacto social.

Assim, para além de ser um mero conjunto de poderes concentrados nas mãos do titular da propriedade, o legislador passou a se preocupar com a forma de exercício desse direito e com as suas consequências sociais – o que, afinal, traduz natural decorrência do princípio da solidariedade, que, a exemplo da dignidade da pessoa humana, foi erigido como um dos princípios fundamentais da República, no artigo 3º, inciso I da Constituição de 1988.

O preceito da função social deve ser equacionado com prudência. A medida não pode ser vista tão somente como uma barreira a impor limites negativos ao exercício da propriedade; mais do que isso, a função social impõe, num

²² Na feliz síntese de Paulo Lôbo, “[...] a função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação...” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>).

sentido positivo-comissivo, a promoção dos valores que servem de base para o ordenamento, como o direito social à moradia e ao princípio da dignidade da pessoa humana.²³ Assim, a função social não se contrapõe à noção de propriedade privada, mas a preenche, de modo a consistir no autêntico fundamento da atribuição desse direito a um determinado titular.

Levando-se em conta a necessidade de concretização da função social, não somente foi a propriedade referida como direito e garantia individual e como princípio da ordem econômica, mas ganhou também, no expressar de Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino, a indicação de um conteúdo mínimo, particularmente no que tange à propriedade imobiliária. Assim, o artigo 186 da Constituição de 1988 traçou requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural, por meio dos seguintes critérios: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. O mesmo ocorreu com a propriedade imobiliária urbana, que terá cumprida sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.²⁴

Ademais, a Constituição de 1988 cuidou de estabelecer as sanções a que se sujeitam os proprietários de imóveis inertes na concessão da função social à propriedade. Em se tratando da propriedade urbana, podem elas passar pelo parcelamento ou edificação compulsórios, pela imposição do imposto progressivo no tempo e, em última instância, pela desapropriação do bem. Sendo rural a propriedade, caberá à União promover a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, tudo sem prejuízo do aumento progressivo do imposto territorial rural, de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

As possíveis restrições ao exercício da propriedade não ficam adstritas apenas à seara da desapropriação, embora seja esta uma das mais drásticas medidas aplicáveis aos proprietários desidiosos, por implicar a supressão do próprio direito. Há outros instrumentos que visam à conformação do direito à propriedade privada com os interesses sociais: com o fim de preservar o patrimônio cultural brasileiro, previu-se legalmente a hipótese do tombamento; também se permite a requisição da propriedade particular, no caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

²³ ROCHELLE JELINEK cuida de apontar as dimensões abarcadas pela função social, que podem representar a privação de determinadas faculdades (não pode o proprietário contaminar o solo nem construir em áreas de reserva legal ou de preservação permanente), a obrigação de exercitar determinadas faculdades (obrigações de fazer, como de parcelar gleba de sua propriedade) ou um complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas, o que ocorre quando o texto constitucional enuncia os pressupostos que conduzem ao adequado aproveitamento do solo (JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, p. 24-28).

²⁴ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, n. 6 - Junho de 2005, p. 103-104.

Outro meio de privação da propriedade privada diz respeito à usucapião. Além das tradicionais modalidades previstas pela lei civil já na codificação de 1916 (ordinária e extraordinária), o texto constitucional de 1988 cuidou de inaugurar outras duas figuras, posteriormente absorvidas pela legislação infraconstitucional: a da usucapião “pro labore” (ou especial rural) e a usucapião “pro moradia” (também chamada especial urbana). Pela primeira, permite-se ao possuidor de área rural não superior a 50 hectares adquirir sua propriedade, desde que não seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural, e que torne a terra produtiva, tendo nela sua moradia por pelo menos 5 anos. Por meio da segunda, assegura-se a propriedade ao possuidor de área urbana de até 250 metros quadrados, desde que a ocupação se dê por 5 anos, para sua moradia ou de sua família, e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esmiuçando o parâmetro constitucional da função social da propriedade, o artigo 1.228, § 1º do Código Civil, logo após consagrar as prerrogativas de uso, gozo, disposição e sequela sobre a coisa, estabelece os limites ao exercício do direito, que deve estar em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e com a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico.

Para além disso, o novo Código Civil instituiu uma figura inédita em seu texto (artigo 1.228, § 4º e 5º), destinada a permitir a aquisição de propriedade em virtude da inércia de seu titular. Trata-se da denominada desapropriação judicial indireta, em que o proprietário, mediante o pagamento de justa indenização, será privado da coisa, se o imóvel consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e essas nela houverem realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante. Vislumbra-se no instituto um caráter nitidamente social, que, em respeito ao direito social à moradia, também constitucionalmente assegurado, pretende conferir propriedade a um numeroso contingente de pessoas que jamais teriam acesso à terra pela via da aquisição negocial a título oneroso.

Corolário do direito de propriedade, tem o seu titular a prerrogativa de usar e fruir a coisa, o que abrange, naturalmente, o direito de construir. Sobre a matéria, o artigo 1.299 do Código Civil determina que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que aprouver-lhe, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. Assim, a um só tempo, cumprirá ao proprietário respeitar os interesses individuais dos moradores da vizinhança e os interesses sociais, com base nos limites e exigências impostos pela função social.

Outro aspecto de relevo, a condicionar o exercício da propriedade a finalidades dignas de tutela, diz respeito à vedação dos denominados atos emulativos ou chicaneiros. O artigo 1.228, § 2º do Código Civil proíbe a prática de condutas que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animadas pela intenção de prejudicar outrem. Tem-se, aqui, uma manifestação específica do abuso de direito, genericamente regulamentado pelo artigo 187 do Código Civil, que impõe limites éticos ao exercício dos direitos. Todo direito subjetivo somente poderá ser exercitado em conformidade com a boa-fé (em sua faceta objetiva) e com os fins

econômicos e sociais visados, sendo ilícito todo comportamento que, ao invés de trazer benefício ao titular do direito e promover a consagração da propriedade como um instrumento de pluralismo, venha a lesar os interesses de particulares ou mesmo da coletividade.

Ademais, há diversas disposições esparsas que estipulam autênticos limites ao exercício da propriedade. Como exemplos, pode-se citar a previsão de que o proprietário do imóvel não poderá pleitear a cessação das interferências prejudiciais advindas da vizinhança, quando essas se justificarem por interesse público (artigos 1.278 e 1.279) e a concessão do direito potestativo de exigir a passagem de cabos e tubulações subterrâneas pelo imóvel de outrem, para permitir o acesso a serviços de utilidade pública (artigo 1.286). Todo esse conjunto de normas, inexistentes no Código Civil de 1916, demonstram a influência do princípio da função social sobre o direito de propriedade.

A garantia constitucional da função social da propriedade extrapola o corpo normativo inaugurado pelo Código Civil de 2002 e alcança, ainda, a legislação extravagante. Assim é que a Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

Dentre as diretrizes da política urbana inauguradas pelo Estatuto da Cidade, há a previsão da garantia do direito a cidades sustentáveis, ao planejamento do desenvolvimento das cidades, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente, e à ordenação e controle do uso do solo. Ademais, para concretizar o preceito da função social, o Estatuto da Cidade permite o parcelamento ou edificação compulsórios do terreno urbano não utilizado ou subutilizado, sob pena da incidência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, a exemplo da previsão constitucional, da desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

Cuidou o Estatuto da Cidade, ainda, de instituir uma modalidade de usucapião não contemplada pelo Código Civil de 2002. Trata-se da denominada usucapião coletiva, que se dá sobre as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. Trata-se, assim, de uma forma de aquisição de propriedade imobiliária destinada especificamente à população desvalida, propiciando sua inserção social, em respeito ao direito de moradia.

Todas essas limitações ou imposições sobre o exercício do direito de propriedade, instituto privado por excelência, demonstram que a figura passa a tangenciar novas perspectivas. Conclui-se, pois, que não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão somente garantia à propriedade que atenda ao preceito da função social; com isso, a propriedade que atente contra valores fundantes do ordenamento jurídico, nomeadamente àqueles contidos no texto constitucional, como a função

social, não será digna de tutela²⁵. A velha noção da propriedade como direito absoluto cede diante de uma nova concepção de poder-dever²⁶, em que o direito de propriedade supre não apenas as necessidades e interesses pessoais do seu titular, mas representa um instrumento de pluralismo e promoção da pessoa e dos interesses da coletividade.

4 – As famílias

A Já cuidamos de verificar os parâmetros que sustentavam a visão tradicional das famílias, outrora notadamente patriarcais. Nelas, os protagonistas eram os homens, que desempenhavam o papel de chefes da família, em detrimento dos interesses da prole e do cônjuge virago. A figura do pátrio poder representava o mais eloquente indício da superioridade do marido/pai sobre os demais integrantes da família.

Ademais, na esteira da visão patrimonialista que marcava outras searas do Direito Civil, o matrimônio parecia representar mais a união de bens que de pessoas.

A Constituição de 1988 serviu como o grande divisor de águas no âmbito das famílias, que continuam a ser encaradas como a base da sociedade, conforme preceitua o artigo 226 da Carta Magna, porém sob nova perspectiva. Anteriormente, constituídas exclusivamente pelo laço formal do casamento, as famílias passam a ter como cerne a noção de afetividade. Aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana torna a cumprir seu mister, cumprindo abandonar a visão predominantemente patrimonialista no seio familiar. Não se descarta, por óbvio, a importância do direito patrimonial de família²⁷, mas não se pode ignorar a prevalência do ideal de comunhão de vida, centrada no amor, no respeito e na solidariedade.

Além disso, deixou de ser o casamento o único meio de constituição das instituições familiares. Ao lado dele, figuram os institutos da família monoparental e da união estável. A consagração constitucional desta última, a propósito, pôs termo à velha caracterização das relações estáveis entre pessoas de sexo diverso, como concubinato, não se podendo recusar o reconhecimento de direitos entre os companheiros que mantenham elos de convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de

²⁵ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 6 - Junho de 2005, p. 105-106.

²⁶ Concepção que surgiu com o magistério de Duguit, que, ao rejeitar a visão de propriedade como direito subjetivo absoluto, erigiu a noção de propriedade-função, não com a finalidade de negar a existência da propriedade privada, mas para centrar-se em sua natureza de direito-função; não como poder incondicionado, mas como poder jurídico que tem uma razão de ser específica, da qual não pode esquivar-se, de satisfazer necessidades individuais e coletivas (JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, p. 12).

²⁷ Disciplina com previsão, no Código Civil de 2002, nos artigos 1.639 a 1.722, a estipular as regras do regime de bens, do usufruto e administração dos bens dos filhos menores, dos alimentos e do bem de família.

constituição de família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil em vigor.

Apesar da inserção da união estável como entidade familiar pelo artigo 226, § 3º da Constituição, há ainda muito a percorrer até que o instituto encontre, na legislação civil, perfeita correlação com os preceitos encartados no texto constitucional. A par do não reconhecimento das uniões homoafetivas – o que, na realidade, decorre da atrasada exigência constitucional da dualidade de sexos para a caracterização da união estável²⁸ –, há, no Código Civil de 2002, uma manifesta distorção em relação ao tratamento conferido aos companheiros que vivem em união estável.

Com efeito, basta equiparar o regime jurídico do casamento ao da união estável, não obstante ambos tenham sido caracterizados constitucionalmente como entidades familiares, para verificar que os companheiros foram inseridos num patamar de inferioridade em relação aos cônjuges. Somente no âmbito sucessório, é possível constatar a existência de inúmeros dispositivos que comprovam a indevida discriminação operada pelo Código Civil: enquanto a sucessão dos cônjuges se submete às regras constantes nos artigos 1.829 a 1.832, a dos companheiros fica sujeita aos ditames do artigo 1.790²⁹; o direito real de habitação a que alude o artigo 1.830, que assegura ao cônjuge sobrevivente um mínimo patrimonial capaz de resguardar uma existência digna, não se estende ao companheiro, ao menos em conformidade com a literalidade do dispositivo legal; finalmente, o artigo 1.845, ao arrolar os herdeiros necessários, determina que fazem jus à reserva legal da metade dos bens da herança do falecido apenas os descendentes, ascendentes e cônjuges, marginalizando os companheiros, que, a ser aplicado friamente o texto legal, podem ficar privados dos direitos sucessórios, passíveis de afastamento pela elaboração de um testamento que não os contemple.

Naturalmente, é possível advogar a tese da interpretação da legislação civil em conformidade com os princípios e normas constitucionais, que não permitiriam desigualar situações jurídicas idênticas, posto que amparadas pelo afeto e apenas separadas pelo fato de que, no casamento, optam os cônjuges pelo percurso das solenidades que a lei prescreve para a validade do enlace matrimonial. Lamenta-se, contudo, que a equiparação entre os

²⁸ A distorção, portanto, decorre da própria Constituição, não podendo a legislação civil, naturalmente, contrariar os preceitos constitucionais. Assim, o pleno reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares reclama, na realidade, a edição de uma emenda que altere o texto constitucional. Até que a mudança sobrevenha, doutrina e jurisprudência recorrem à analogia, à interpretação sistemática e a outras técnicas para que se reconheça a validade e os efeitos jurídicos das relações contínuas e duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

²⁹ Ilustre-se a distinção com um exemplo, que supõe o falecimento de uma pessoa. Caso o falecido fosse casado com o cônjuge sobrevivente, teria este direito à totalidade dos bens da herança, se concorresse apenas com herdeiros colaterais (irmãos ou primos, por exemplo). Nas mesmas circunstâncias enquadradas, porém na união estável, o convivente herdaria apenas a terça parte do patrimônio deixado pelo falecido, uma vez que, nos termos do artigo 1.790, inciso III do Código Civil, quando o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis (nesse caso, que não sejam descendentes do *de cuius*), terá direito a apenas um terço da herança, ficando o restante por partilhar entre os colaterais. Note-se que esta distorção pode ocorrer independentemente do tempo de união entre os casais. Assim, o cônjuge, nestas condições, ficaria com a totalidade dos bens, mesmo que o casamento tivesse sido contraído poucos dias antes do óbito; já o companheiro que tivesse convivido com o falecido por décadas a fio faria jus, nada obstante, apenas à metade do quinhão que tocaria aos colaterais.

institutos do casamento e da união estável, e a consequente concessão dos mesmos direitos e deveres aos que optarem por uma ou outra forma de constituição familiar, exija do intérprete que proceda a uma relativamente complexa atividade exegética para escapar dos entraves estipulados pela legislação infraconstitucional. A propósito, decisões judiciais esparsas já vêm proclamando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o que, entretanto, dependerá de manifestação do Supremo Tribunal Federal. Neste particular, perdeu o Código Civil a oportunidade de, especialmente em respeito ao princípio constitucional da isonomia, conceder idêntico tratamento às figuras jurídicas em apreço.³⁰

Outro importante passo tomado pela Constituição de 1988 consiste na equiparação de todos os direitos e qualificações entre os filhos, em contraposição à arcaica distinção estabelecida entre aqueles havidos ou não da relação do casamento, ou entre os biológicos e adotivos. Trata-se de uma evidente manifestação do princípio constitucional da igualdade. Tutelando-se a dignidade de cada um dos membros familiares, já não cabe falar em filhos legítimos e espúrios, o que representa indesejada discriminação, incompatível com a princiologia constitucional delineada para as famílias.

Ao lado do marido, cabe também à mulher tomar as rédeas das relações familiares.³¹ Mais do que isso, preocupou-se o constituinte com o resguardo das crianças, a quem são assegurados os direitos à vida, à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros. O que se vê é a realização do ideal de paridade entre os membros da família, com o propósito de concretizar-se o direito ao livre desenvolvimento dos seus membros.

Ademais, outros tradicionais institutos do Direito de Família, como a ausência, a tutela e a curatela, cujo regime anterior era notadamente voltado para a preservação do patrimônio do ausente ou incapaz, devem ser lidos sob o olhar da nova perspectiva constitucionalizada.

A figura da ausência, deslocada para a parte geral do Código Civil (artigos 22 a 39), prossegue, lamentavelmente, com sua regulamentação indistintamente patrimonialista. Basta notar que, a normatização emprestada pela lei civil à figura se divide em três etapas: a curadoria dos bens, a sucessão provisória e a sucessão definitiva, sempre com a preocupação de dar alguma destinação ao patrimônio do ausente. Não é senão no Livro IV, que cuida do Direito de Família, que se torna a fazer referência ao ausente, admitindo-se, por via do § 1º do artigo 1.571 do

³⁰ Diga-se, aliás, com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, que a pretendida equiparação em nada afeta a proteção conferida ao casamento, posto que tão-somente cuida de estender as garantias conferidas às pessoas casadas àquelas que vivem em união estável, fora do matrimônio (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 431).

³¹ As relações entre os cônjuges, tal como cunhadas pelo Código Civil de 1916, estabeleciam um regime notavelmente patriarcal. O marido desempenhava a função de chefe da sociedade conjugal e, nesta condição, representava a família, dela administrava os bens e fixava o domicílio e detinha o direito de facultar ou não à esposa a prática de diversos atos jurídicos, já que a mulher casada, não obstante a idade, era, pelo simples fato de ter contraído matrimônio, considerada juridicamente incapaz (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 424).

Código Civil, que se aplique a presunção de morte³² para fins de dissolução do seu casamento.

A releitura da tutela e da curatela, por sua vez, implicam admitir que, embora não sejam despidendo os cuidados com o patrimônio dos tutelados e curatelados, o propósito central dessas instituições consiste na proteção e promoção dos valores existenciais dos absoluta ou relativamente incapazes a elas sujeitos. A proteção patrimonial, enfim, não se encerra, representando apenas um meio para a completa tutela do ser.³³

Por fim, cumpre compatibilizar a normatização civil dos alimentos com os parâmetros constitucionais que emolduram o instituto. A relevância do tema, aliás, justificou sua absorção pela Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso LXVII, decreta a hipótese excepcionalíssima da prisão civil para os casos de inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia.

A primeira baliza a orientar a interpretação e aplicação concreta dos alimentos consiste, naturalmente, no primado da dignidade da pessoa humana. Por meio desse, é possível balancear a fixação do montante alimentar, respeitando-se a ideia de que os alimentos devem proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem os pede e de quem os presta, pois nenhuma delas é superior ou inferior à outra. Afronta o princípio da dignidade da pessoa humana a fixação do valor da pensão em percentual aquém do mínimo imprescindível para a subsistência do alimentando ou além das condições financeiras do alimentante³⁴, o que, a propósito, orienta a redação do artigo 1.694, § 1º do Código Civil, que, ao prever que “[...] os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada [...]”, consagra o tradicional binômio “necessidade *versus* possibilidade”, considerado o vetor fundamental para a adequada determinação do *quantum* devido.

Além disso, invoca-se novamente o princípio constitucional da solidariedade, como um dos elementos que conformam e justificam o instituto dos alimentos, os quais cumprem a função de garantir a própria subsistência de pessoas ligadas por vínculo de parentesco, protegendo assim, em especial, as pessoas atingidas pelo desemprego ou pela diminuição da capacidade laboral.³⁵

A edição de um novo texto constitucional, no Brasil, representou para o Direito de Família uma revolução que permitiu rever não apenas os modos

³² O que nos remete ao artigo 6º do Código Civil, que determina a presunção de morte para os ausentes a partir do momento em que se dá a abertura da sucessão definitiva, que consiste na terceira e derradeira fase da ausência (artigos 37 a 39 do Código Civil).

³³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 840.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 664.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 666.

de constituição das entidades familiares, mas também a sua estruturação interna, que pressupõe a união entre todos os seus componentes com idênticas prerrogativas e dignidades. A desigualdade que marcava a família patriarcal e patrimonializada de outrora cede espaço ao livre desenvolvimento dos seus membros, à isonomia e à prevalência da solidariedade e do afeto. Em atenção ao princípio constitucional da liberdade, concede-se a todos, dentre outros, o direito à autonomia para a constituição, realização e extinção de entidade familiar, à administração do patrimônio familiar, à livre formação dos filhos e ao planejamento familiar, respeitadas suas dignidades como pessoas humanas.³⁶

O giro valorativo operado pelo texto constitucional termina por afetar, enfim, o próprio sentido da entidade familiar, que deixa de ser tutelada pelo só fato de existir como mera instituição, passando a ser valorada à medida que seja capaz de promover o desenvolvimento da personalidade dos filhos, a realização espiritual e a promoção da dignidade de todos os seus integrantes.³⁷

Considerações Finais

O traçar destas linhas teve por objetivo demonstrar a forma como as instituições civis clássicas sofreram profundas modificações, a partir do momento em que se verificou uma mudança principiológica sobre as relações jurídicas privadas. O fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, mais do que simplesmente determinar o império das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais, impõe a releitura conceitual das instituições de Direito Privado, cujo papel passa a ser direcionado para a concretização das diretrizes sociais erigidas pela Constituição de 1988.

Do pátrio poder para o poder familiar, da autonomia da vontade para a função social da propriedade e dos contratos e, fundamentalmente, do patrimônio para o afeto e o primado da dignidade da pessoa humana, ocorreu o deslocamento do eixo axiológico dos institutos de Direito Civil. As situações jurídicas existenciais passam a preponderar sobre as relações patrimoniais e afastam o aproveitamento dos efeitos jurídicos de todas as normas privadas que estejam em desconformidade com os valores constitucionais que fundamentam as relações civis.

Em suma, a constitucionalização do Direito Civil promove o desapego dos valores meramente individualistas, conformando as instituições civilísticas aos ideais constitucionais de dignidade, justiça, solidariedade e igualdade material. A revisão conceitual dos institutos jusprivatísticos não representa o seu enfraquecimento nem tampouco compromete a sua autonomia; ela tem por fundamento, na realidade, uma mudança paradigmática que passa pela inserção das clássicas figuras do Direito Civil no âmbito da principiologia, a qual é delineada pelo texto constitucional, revigorando-as e conferindo

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

homogeneidade ao ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*, v. I. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Gomes Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. *Seguro da responsabilidade civil fundada em acidentes de viação: da natureza jurídica*. Coimbra: Almedina, 1971.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, v. 1. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto. *A lesão no novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2011.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 23 jan. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1998.

MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *Constitucionalização do direito civil*. http://www.bocater.com.br/artigos/mmm_const_dir_civ.pdf. Acesso em: 23 jan. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 435-453.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6 - Junho de 2005, p. 101-119.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.